

ROBERTO LOPES DE ALMEIDA JÚNIOR

**QUEBRA DE SIGILO E OS MEIOS DE CONTROLE DA
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de
bacharel no Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elizeu de Moraes Correa

**Curitiba
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO LOPES DE ALMEIDA JÚNIOR

QUEBRA DE SIGILO E OS MEIOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Elizeu de Moraes Correa

Prof.

Prof.

Prof.

**Curitiba
2006**

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	A LEI FUNDAMENTAL E SUPREMA DO ESTADO	3
2.1	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	7
2.2	ESPÉCIES DE CONTROLE	9
2.3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRA- SILEIRO	13
3	O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
3.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
3.2	GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	26
4	QUEBRA DE SIGILO E OS MEIOS DE CONTROLE DA CONS- TITUCIONALIDADE	32
4.1	DAS INTERCEPTAÇÕES	34
4.2	A LEI 9.296/96	37
4.3	A LEI 9.296/96 E A HERMENÊUTICA DO STF E STJ	39
4.4	DA QUEBRA DE SIGILO	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56
	ANEXO	58

RESUMO

Este trabalho monográfico foi concebido com a finalidade de estudar de forma mais detida o controle de constitucionalidade, um dos mais importantes e atuais temas, ao qual o jurista pode lançar-se, visto que todo o ordenamento jurídico está embasado na Constituição. Dentro dessa ótica, enfoca-se a quebra de sigilo, dando ênfase aos preceitos estabelecidos pelo art 2º, III, da Lei nº 9.296/96, que regula a atividade de interceptação atualmente, e que trouxe a finalização do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, considera-se que a Carta Magna, em pauta, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu artigo 5º, parágrafo 1º. Cabe, também, enfatizar a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Vale dizer, que cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.

Palavras – chave: controle de constitucionalidade; ordenamento jurídico; direito fundamental; quebra de sigilo.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico objetiva analisar o controle de constitucionalidade, um dos mais importantes e atuais temas ao qual o jurista pode lançar-se, visto que todo o ordenamento jurídico está embasado na Constituição.

Dada a importância da Constituição para um ordenamento jurídico, sua elaboração requer um processo mais dificultoso do que é dado à elaboração de leis ordinárias, desta forma, ratificando sua supremacia.

A Constituição, cuja meta é ordenar toda a vida estatal, regular a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias, funda-se em documento que se sobrepõe a todas as demais legislações e está situado no pico de uma pirâmide hierárquica, onde abaixo dela encontram-se de leis ordinárias, leis complementares e decretos a medidas provisórias. Toda essa legislação tem que estar de acordo com a norma maior, que é justamente a Constituição.

O tema aqui analisado é extremamente interessante e de grande relevância para o constitucionalismo pátrio, já que na concepção ortodoxa, tradicional, de ordinário aplicada ao ordenamento jurídico pátrio, uma lei não consentânea com a Constituição tem como sanção da decisão declaratória do vício de inconstitucionalidade a nulidade absoluta e ineficácia plena.

Sendo assim, enfoca-se a garantia da ordem institucional e dos direitos dos próprios cidadãos, vez que os comandos constitucionais não podem ser modificados ao bel-prazer do legislador ordinário.

O presente trabalho monográfico fará uma abordagem histórica do instituto, detendo-se em seguida no controle de constitucionalidade vigente no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.

Para tal finalidade, é mister que se percorram, no plano deste estudo, inicialmente, algumas noções sobre a fiscalização da constitucionalidade, em particular, sobre as espécies e técnicas de controle das normas no modelo constitucional atual.

Em um segundo momento, se enfoca o papel da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, os conceitos de relação entre constitucionalidade e inconstitucionalidade, colacionando, sempre que possível, decisões jurisprudenciais, em especial do Guardião Maior da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal.

Quando se trata de quebra de sigilo, inicialmente é preciso esclarecer que o art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988 e o art 2º, III, da Lei nº 9.296/96, como objeto de estudo da presente monografia, sendo que é a partir deles que se visualiza qual o tipo de controle de constitucionalidade adequado para conciliar tais dispositivos.

2 A LEI FUNDAMENTAL E SUPREMA DO ESTADO

A Constituição Federal Brasileira é a lei fundamental e suprema do Estado. Diz-se que ela é rígida, pois para que seja possível a sua alteração, vários critérios que estão inseridos no seu próprio texto devem ser observados. Esta rigidez constitucional faz com que todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só sejam dotadas de validade se estiverem conforme os preceitos e princípios expressos na Constituição.

Nasce, dessa forma, o Princípio da Supremacia da Constituição, ou seja, a Constituição está no vértice do sistema jurídico nacional, conferindo-lhe validade. Afirmar que a Constituição é a lei suprema do Estado significa atribuir-lhe superioridade em relação às demais normas jurídicas, pois é nela que se encontram as normas fundamentais do Estado.

O princípio da supremacia da Constituição traduz-se na hierarquização existente entre as normas que compõem o ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais têm como fundamento de validade a Constituição, e, se estiverem em contraposição a uma norma ou princípio, ainda que implícito, da Carta Magna, não podem subsistir.

Segundo Clèmerson Merlin Clève “Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.”¹

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1995, p. 18.

A Constituição pode ser compreendida como lei fundamental. Porém, essa compreensão implica a existência de mecanismos que sejam suficientes para garantir juridicamente essa referida qualidade. De acordo com Clèmerson Merlin Clève, a supremacia não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.²

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição, que é a norma fundamental de todo ordenamento jurídico. É também ordem material, pois contém uma ordem de valores, ou seja, os conteúdos do direito que devem ser atendidos pelo direito infraconstitucional. Ela expressa uma ordem aberta porque mantém uma interação com a realidade e evolui de forma permanente para acompanhar a história e o progresso da humanidade. Portanto, o controle de constitucionalidade liga-se aos critérios de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.³

Diz-se que a Constituição é suprema, pois nela encontra-se todo o fundamento do ordenamento jurídico e é por esse motivo que existe o escalonamento normativo. Ademais, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo que não podem modificá-la ou suprimi-la. Sendo assim, a Constituição vincula todos os órgãos e é, portanto, o sistema de normas ao qual dever ser assinalada a verdadeira função de lei superior do Estado. Ela é hierarquicamente superior a todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

² Ob. cit., p. 21.

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 555.

A superioridade da Constituição é constituída pela preeminência das suas normas em face das demais normas jurídicas.⁴

Segundo ensina Ronaldo Poletti, a rigidez presumida e a hierarquia das leis provêm da existência de uma Constituição escrita. Entre uma norma superior e uma inferior não pode haver qualquer conflito, sendo que a primeira determina a criação da segunda, e esta tem a sua validade reconhecida pela norma que lhe está acima. Aqui está o fundamento do princípio da supremacia constitucional e a necessidade do controle de constitucionalidade. A Constituição rígida se fundamenta na distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. O Poder Constituinte elabora as leis de matéria constitucional, enquanto que os poderes constituídos são os responsáveis pela feitura das leis ordinárias, e têm suas funções e limites previstos no próprio texto constitucional. As Constituições rígidas impõem formalidades que dificultam sua modificação.⁵

Preleciona o mesmo autor, ao finalizar sua idéia sobre a supremacia constitucional, o seguinte pensamento:

Assim sendo, o tema controle da constitucionalidade das leis, baseado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir. Se a lei ordinária, o estatuto privado, a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo, etc. não se conformarem com a Constituição, devem ser fulminados por uma nulidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no princípio da supremacia da Constituição.⁶

⁴ PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos. São Paulo: RT, 1999, p. 14.

⁵ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis: revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 02-03.

⁶ POLETTI, R. Ob. Cit., p. 03.

Alguns autores entendem que, para a constitucionalidade dos atos normativos ser fiscalizada, certos pressupostos como a existência de uma Constituição formal, a compreensão da Constituição como lei fundamental e a previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade, devem existir.

Quanto a esses critérios, Clémerson Merlin Clève disserta que a fiscalização da constitucionalidade exige uma Constituição compreendida como instrumento jurídico, por isso, Constituição escrita e formalizada, elaborada por um órgão exercente de poder constituinte. Porém, embora seja necessário que a Constituição seja escrita, não é um pressuposto suficiente para a fiscalização da constitucionalidade. Exige-se que a Constituição seja compreendida como lei fundamental e, para que tal compreensão seja possível, três conceitos devem ser observados: o de rigidez constitucional, o de supremacia constitucional, e a distinção entre lei constitucional e lei ordinária.⁷

A rigidez constitucional decorre da distinção entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos. Dessa rigidez é que se torna possível a fiscalização da constitucionalidade posto que a obra do legislador deve encontrar seu parâmetro de validade na obra do Constituinte. Existe, portanto, uma relação de hierarquia onde a Constituição ocupa o topo do sistema e dita as regras para que as leis hierarquicamente inferiores encontrem validade no ordenamento jurídico.

Dessa forma, a compreensão da Carta Magna como lei fundamental é pressuposto para a fiscalização da constitucionalidade, o que implica a aceitação de sua supremacia e a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos.

⁷ CLÈVE, c.m. OB. CIT., P. 24-25.

O último critério para que o controle seja exercido é a existência de um órgão competente, que deverá ter sua competência prevista, expressa ou implicitamente, no texto constitucional. Esse órgão poderá exercer função jurisdicional ou política. O importante é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, censurando aqueles que violarem os preceitos constitucionais.

2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade visa garantir a superioridade dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado.

Várias são as maneiras de controlar a constitucionalidade das leis, todavia, para compreender como ocorre o funcionamento e como ocorreu a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil é preciso discorrer sobre algumas classificações importantes.

Primeiramente será conceituado o controle de constitucionalidade para, em momento posterior, ser feita a análise das espécies mais relevantes para o aprofundamento desse estudo.

Como o próprio nome sugere, controlar a constitucionalidade significa verificar se a lei ou o ato normativo está de acordo com os requisitos formais e materiais previstos na Constituição, ou seja, é a possibilidade de verificação da adequação da lei comum com a Constituição. Sem o controle de constitucionalidade, a supremacia

constitucional se frustraria. Ele é a forma de não aplicar ou de retirar do ordenamento jurídico uma norma que se contradiz à Constituição.

O controle de constitucionalidade representa uma garantia da Constituição rígida. As constituições rígidas e escritas, nos regimes democráticos, fazem a lei do Estado e dos cidadãos, acarretando a hierarquia das leis. Este princípio fundamenta a supremacia da Constituição, a lei que está acima de todas as demais.⁸

Para que a supremacia constitucional seja defendida contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial que é o denominado controle de constitucionalidade.

Oswaldo Luiz Palu define o controle de constitucionalidade como:

O ato intelectual de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis.⁹

De acordo com José Afonso da Silva, existem 3 sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.¹⁰

O controle político é exercido por um corpo político normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, que garante a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico. O jurisdicional ou jurídico é feito por órgãos integrantes do Poder Judiciário que têm a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. Finalmente, o misto é uma

⁸ POLETTI, R. Ob. Cit., p. 53.

⁹ PALU, O.L., Ob. Cit., p. 59.

¹⁰ SILVA, J.A. da. Ob. Cit., p. 51.

espécie de controle existente quando a Constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras ao controle jurisdicional.¹¹

Como regra, o Brasil adotou o sistema jurisdicional ou jurídico, também denominado como sistema da revisão judicial ou *judicial review*. Contudo, em momento oportuno serão abordadas as duas hipóteses previstas na Constituição em que a fiscalização é feita pelo Poder Legislativo.

Aspecto relevante seria se se delineasse o Órgão a quem compete o controle de constitucionalidade. No sistema brasileiro cabe este controle ao Poder Judiciário, Órgão que a Constituição reveste de certas garantias de independência em relação ao Legislativo e ao Executivo.

Há de se destacar que, no Brasil, existe um novo modelo de controle quanto ao órgão controlador, que poderíamos chamar de controle misto, pois considerando o momento de sua intervenção, se se tratar de controle preventivo ou prévio, este é feito por um órgão Político - Poder Executivo ou Legislativo.

2.2 ESPÉCIES DE CONTROLE

A constitucionalidade das leis pode ser fiscalizada de diversas maneiras: pelo controle político ou jurisdicional, sendo que este último pode ser realizado pelo critério difuso ou concreto, ou pelo critério concentrado ou abstrato; pelo controle repressivo ou preventivo, dependendo do momento em que é realizado.

Cabe enfatizar que existem muitos tipos de controle de constitucionalidade, não interessando, neste estudo, saber todos a fundo. Para melhor compreender

¹¹ MORAES, A. de. Ob. Cit., p. 559.

como ocorre o funcionamento e como ocorreu a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil é necessário que se veja algumas classificações.

As espécies mais relevantes para o estudo de como ocorreu a evolução histórica, e como ocorre hoje o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, serão analisadas a partir desse momento.

2.2.1 Controle Material e Controle Formal

O controle formal examina se as normas foram elaboradas de acordo com as formas ditadas pela Constituição e se não ferem uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se houve o cumprimento das normas previstas e se a competência foi respeitada. É uma fiscalização estritamente jurídica pois refere-se apenas aos aspectos formais para a elaboração do ato, não analisando o conteúdo ou a substância da norma impugnada.¹²

Só este primeiro tipo de controle seria muito pouco, já que tem por objetivo um mero acatamento das formas constitucionais, de modo que não haja desrespeito à forma e à competência prescrita, não se preocupando com o conteúdo material da lei, vendo-se então, a necessidade do controle material.

Por sua vez, o controle material é exercido juntamente com o formal, pois, para se ter certeza que uma lei ou um ato normativo está em conformidade com os ditames constitucionais só o controle formal não é suficiente. Assim, o controle material incide sobre o conteúdo das regras jurídicas, verificando se o teor e a

¹² BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo> Malheiros, 2005, p. 268.

matéria estão de acordo com os princípios e preceitos fundamentais previstos constitucionalmente.

De acordo com os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

Controle da constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que a editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.¹³

Verifica-se, portanto, que somente o controle formal não é suficiente para garantir a supremacia da Constituição. É necessário que o controle material também seja exercido.

2.2.2 Controle Repressivo e Controle Preventivo.

Dependendo do momento em que a fiscalização é realizada, o controle pode ser repressivo ou preventivo.

O controle da constitucionalidade preventivo ocorre antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico e o repressivo após esse ingresso. Enquanto o primeiro procura impedir que um projeto de norma inconstitucional entre em vigor, o segundo procura expurgar a norma inconstitucional do ordenamento.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

Em regra é o Poder Judiciário que faz o controle repressivo, e os Poderes Legislativo e Executivo fazem o controle preventivo. Aqui nos interessa somente o controle repressivo, que pode ser feito por um órgão político ou por um órgão jurisdicional.

O controle preventivo, em princípio, fica a cargo do Poder Legislativo, através de suas comissões (CF/88, art. 58 – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados) e do Executivo, por meio da sanção ou veto ao projeto de lei (art. 66). Seu objetivo é impedir a inserção no ordenamento jurídico de uma lei contrária à Constituição.

O Judiciário, nesta fase, em respeito à independência dos poderes estatais (leia-se tripartição das funções do poder do Estado), não procede à análise do projeto de lei, embora possa exercer o controle da constitucionalidade do procedimento legislativo de sua elaboração e votação.¹⁴

O controle repressivo que tem como finalidade expurgar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional, atua o Poder Judiciário com envergadura para produzir coisa julgada. Aqui, em respeito novamente à independência dos poderes estatais (art. 2º), tanto Executivo quanto Legislativo acham-se desautorizados a realizar o controle repressivo no sentido de fulminar por vício de inconstitucionalidade a validade da norma por eles elaborada.

¹⁴ STF – Pleno – MS nº 22503-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06/06/1997.

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil-Colônia, Não se pode falar de controle de constitucionalidade, mesmo porque, Portugal, naquela época não tinha uma constituição, pois era uma monarquia absolutista, prevalecendo a vontade do soberano ou mesmo de um Primeiro-Ministro todo-poderoso, como o Marquês de Pombal. Vigiam em Portugal, cada uma a seu tempo, as Ordenações do Reino – Manuelinas, Alfonsinas e Filipinas – assim denominadas por causa dos monarcas que as fizeram editar, mas não uma Constituição.¹⁵

A primeira manifestação de desejo de que Portugal viesse a ter uma Constituição deu-se em 1808, na esteira da invasão napoleônica a Portugal, num momento em que a Corte portuguesa abandonara o país para refugiar-se no Brasil. A chamada *súplica de Constituição* foi uma petição endereçada a Napoleão, mediante a qual se pedia a outorga de uma Constituição.¹⁶

Portugal só veio a conhecer sua primeira Constituição em 1822, fruto de uma revolução ocorrida em 1820, que determinou a eleição em 1821 das *Côrtes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes*, também chamadas de *Soberano Congresso*, que elaboraram a Constituição de 1822, que, afastando a monarquia absolutista, criava em Portugal a monarquia constitucional.¹⁷

O controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil pela Carta Política Imperial de 1824, que estabelecia ser este controle exercido, pelo menos em tese, pela Assembléia Geral do Império. Tal forma de controle de constitucionalidade foi

¹⁵ MELO, José Tarcízio de Almeida, Ob. Cit., p. 72.

¹⁶ Idem.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, Ob. Cit., p. 360.

influenciado pelo constitucionalismo francês da época, segundo o qual a guarda da Constituição ficava a cargo do Poder Legislativo. Esta Carta Política, entretanto, trazia novidades, pois que previa um Quarto Poder, o Poder Moderador conferido ao Imperador. A existência do Poder Moderador fazia com que qualquer decisão dos demais poderes pudesse ser alterada sem nenhum critério. Assim, cabia ao Imperador dirimir os conflitos entre os demais poderes. Não havia ainda um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Segundo José Afonso da Silva¹⁸, o sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil teve início com a Constituição republicana de 1891. Tendo sofrido influência americana, adotou o controle de constitucionalidade pelo método difuso por via de exceção, o qual tem perdurado em todas as constituições brasileiras, inclusive na atual. Refletindo a influência do constitucionalismo americano, a lei declarada inconstitucional era tida como nula e os efeitos da sentença retroagiam à data de sua publicação. Tal postura, no entanto, foi sendo amainada ao longo do tempo até chegar à formulação atual.

A Constituição de 1934 inovou ao apresentar traços do controle de constitucionalidade concentrado (art 7º, I, a), já que criou a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Estabeleceu também que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder Público somente poderia ser feita mediante o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais. Estes, entretanto, não possuíam competência para retirar a norma do ordenamento jurídico nacional; esta competência foi dada ao Senado Federal, que mediante resolução suspendia a execução da lei ou ato, no todo ou em parte, declarado inconstitucional.

¹⁸ SILVA, José Afonso da, Ob. Cit., p. 53

A Emenda Constitucional nº 16, de 6/12/1965, manteve as inovações da Constituição de 1934 e adotou duas outras: a) criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade em caráter genérico contra lei federal ou estadual em conflito com a Constituição, atribuindo ao Procurador-Geral da República a legitimidade para apresentá-la e ao Supremo Tribunal Federal a competência para processá-la e julgá-la; b) atribuição de competência à lei para criar processo, competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a constituição estadual.

A Emenda Constitucional nº 1/69, por sua vez, mantendo as formulações anteriores no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, criou a ação direta interventiva, que tinha como escopo a defesa dos princípios da constituição estadual, sendo legitimado para apresentá-la o Procurador-Geral de Justiça, e competente para o processamento e julgamento o Tribunal de Justiça dos Estados.

A Constituição de 1988 trouxe mais duas inovações: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a ampliação do rol dos legitimados a apresentá-la. Além do Procurador-Geral da República, passaram a ter legitimidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, partido político com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Com a aprovação pelo Congresso Nacional em dezembro de 2004 da EC 45/2004, o rol de legitimados foi aumentado, sendo incluídos a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.¹⁹

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Ob. Cit.*, p. 58.

A Emenda Constitucional nº 3/93 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, contemplando alguns dos legitimados a propor a ADI, e o mesmo STF como competente para processamento e julgamento. A mais recente emenda constitucional, EC 45/2004, que deu início à chamada Reforma do Judiciário, também modificou os legitimados a propor a ADC ao mudar a redação do art. 103, *caput*, da CF 88, e revogar seu § 4º, conforme será visto adiante.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Brasil um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade *sui generis*, visto que contempla o controle preventivo através da atuação do Chefe do Poder Executivo (poder de veto) e através da atuação do Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça), bem como o controle repressivo, principalmente sob a forma jurisdicional, a qual contempla os métodos difusos, ou *incidenter tantum*, e concentrado, acrescentando ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Outra característica peculiar do sistema brasileiro é que há duas exceções ao controle jurisdicional repressivo: a) O Art 49, V, CF 88 estabelece, segundo Alexandre Moraes "competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa"²⁰. Os atos atingidos por esse controle são o Decreto Presidencial e a Lei Delegada; b) O Art. 62 CF 88 estatui que o Poder Legislativo pode rejeitar uma Medida Provisória por considerá-la inconstitucional.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, prevista no art. 102, § 4º, é competente para julgar e processar originariamente a ação declaratória consoante o art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988, é o Supremo Tribunal Federal. O

²⁰ MORAES, Alexandre, Ob. Cit., p. 564

mesmo dispositivo traz as hipóteses em que caberá a medida, a saber, lei e ato normativo federal. Propositadamente, não quis o constituinte destinar a ação declaratória às leis e atos normativos estaduais. O art. 103, § 4º arrola as partes legítimas para propor a referida ação, que são o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

A finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é pôr fim a uma série de decisões referentes a questões constitucionais em processos concretos. Dessa maneira, havendo decisões controvertidas em casos concretos, proferidas em diferentes unidades da federação, por exemplo, a referida ação teria a finalidade de estancar esses debates, através de uma decisão definitiva. A decisão proferida pelo Supremo, quer confirme a inconstitucionalidade, quer declare constitucional a lei ou o ato normativo federal, tem efeito *erga omnes*, assim dispõe o art. 102, § 2º, subjugando, por conseguinte, todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como o Poder Executivo. Além de vincular àquela decisão todos os órgãos do Judiciário, o próprio Supremo também estará vinculado a ela, haja vista tratar-se de coisa julgada material, impedindo até mesmo a inaplicabilidade de uma eventual ação rescisória.

O controle de constitucionalidade brasileiro pelo método difuso, além das características já vistas acima, possui algumas peculiaridades: a declaração de inconstitucionalidade deverá ser feita através do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou órgão especial, onde houver (Art. 97 CF 88), muito embora não esteja vedada a "possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público" (MORAES, 2001, p. 567); o STF também pode conhecer de questão incidental em um caso concreto; neste caso, a declaração de inconstitucionalidade é encaminhada ao Senado

Federal, a quem cumpre suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional pelo STF em decisão definitiva, através de resolução, que terá efeito *erga omnes*, porém *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução senatorial.

Já o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade é exercido pelo STF e pelos Tribunais de Justiça estaduais, que devem observar a cláusula de reserva de plenário estatuída no art. 97 CF 88. Tal controle é realizado através de ADI, cujo rol de legitimados é exposto no art. 103, I a IX, para o caso de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital em face à Constituição Federal. O propósito deste tipo de controle de constitucionalidade é a declaração de inconstitucionalidade em tese, independente de caso concreto, de lei ou ato normativo federal ou estadual, visando-se à invalidação da lei ou ato normativo.

A nova ação constitucional permite a concessão de medida liminar. A regra é que essa medida seja concedida pela maioria absoluta de seus membros, porém, há a possibilidade de o Ministro relator a conceder, *ad referendum* do plenário, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, no período do recesso.²¹

O Ministério Público manifestar-se-á, obrigatoriamente, nas arguições que não for autor. Dessa forma, as decisões só serão tomadas caso estejam presentes à sessão pelo menos dois terços dos Ministros. Essas decisões terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público e serão comunicadas pelo Presidente do STF, para cumprimento imediato, às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática do ato impugnado, lavrando-se e publicando-se posteriormente o acórdão. Poderá, ainda, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31.

em arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou outro momento que venha a ser fixado.

Finalmente, a lei estabelece que a decisão que julgar ação de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível e insusceptível de ação rescisória.

3 O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição é a *norma fundamental* do sistema jurídico de uma nação. Essa expressão, tal como a emprega José Joaquim Canotilho²², no singular, significativo de conjunto de normas positivas, aparta-se do sentido lógico-jurídico do normativismo.

Porém, a questão torna-se mais complexa quando se aceita que o sistema jurídico é sub-sistema do sistema social, como o sistema político, embora se costume focar na mesma opção o jurídico e o político, deve ser admitida sua interação, posto que ambos são partes de um novo e mais amplo conjunto.

Dessa forma, na teoria material da Constituição, o sistema constitucional, então, é aberto, pronto a receber novos dados e com eles interagir. Desse modo acatando os ensinamentos de Canotilho²³, compreende-se a Constituição como “ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade, especialmente no Estado Democrático, onde sua força normativa depende de sua aptidão para admitir propostas variadas de concretização”, depende, enfim, de sua abertura.

A Constituição Federal de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir de sua promulgação, os direitos humanos adquiriram relevância, situando-se a Carta Magna de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 355.

²³ Ob. cit., p. 357.

adotado no Brasil. Conforme afirma José Afonso da Silva²⁴: "É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania."

Considerando-se como uma das mais avançadas do mundo, ao ampliar de forma considerável o universo dos direitos fundamentais, projeta a construção de um Estado Democrático de Direito "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)". Se no entender de José Joaquim Gomes Canotilho²⁵, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Segundo Observa José Afonso da Silva²⁶:

Princípio aí (título I da Constituição) exprime a noção de "mandamento nuclear de um sistema". (...) Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, "são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – "núcleos de condensações" nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 79.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais. Ob. Cit., p. 357.

²⁶ Ob. cit., p. 82.

Para Paulo Bonavides²⁷

O sistema constitucional surge, pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia sistema constitucional não é, assim gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente, se acha presa.

Dessa forma, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

E, em se tratando da atual Carta Magna, Paulo Bonavides ensina que o “o centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade”. Porém, no âmbito da interpretação constitucional, várias são as controvérsias com relação ao conceito de igualdade, sobretudo em razão do prestígio que a igualdade fática ou material passou a ter nos sistemas onde a força do social imprime ao Direito os seus rumos.

Cabe, então, ressaltar que a Carta de 1988 expande, consideravelmente, o universo de direitos sociais, integrando-os na Declaração dos Direitos fundamentais.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, além das inovações introduzidas pelo artigo 4º, ao consagrar princípios inovadores a reger o Brasil no cenário internacional, um outro dispositivo merece destaque, qual seja o artigo 5º, parágrafo 2º. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo artigo 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada: a hierarquia de norma constitucional.

A partir da Revolução Francesa de 1789 as declarações de direitos são um dos traços do Constitucionalismo, como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁸ "a opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos "Direitos do Homem e do Cidadão", editada em 1789 pela Revolução Francesa."

Nesse sentido, conforme ensina Canotilho²⁹:

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*,

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 281.

²⁹ Ob. cit., p. 358.

abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das *leis justas* e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*.

Completando este pensamento, Celso Ribeiro Bastos³⁰ afirma que "esse quadro inicial, contudo, sofreu forte evolução cujas causas dizem respeito à necessidade de enfrentar novas ameaças e novos desafios postos pelos séculos XIX e XX. Os direitos clássicos não desapareceram. Perderam, tão somente, o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa surgida da imperiosidade de compatibilizar o direito com outros princípios constitucionais."

Para Dalmo de Abreu Dallari³¹, "da própria noção de Constituição, resultante da conjugação dos sentidos material e formal, resulta que o titular do poder constituinte é sempre o povo".

No Brasil, a nova concepção acerca dos direitos fundamentais, foi também incorporada às Constituições Brasileiras, de modo que dentro do Direito Constitucional Positivo a Constituição elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

A primeira Constituição, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho³², a adotar, em seu texto, essa inspiração foi da de 1934, no que foi seguida pelas posteriores. As anteriores – 1824 e 1891 – como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit., p. 172.

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 202.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Ob. cit., p. 282.

Por sua vez, a Declaração contida na Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores e, além de consagrar os "direitos e deveres individuais e coletivos", a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os direitos sociais.

Sendo assim, hodiernamente a Constituição reconhece e assegura direitos fundamentais explicitamente no art. 5º: Direitos cujo objeto imediato é a liberdade: de locomoção; de pensamento; de reunião; de associação; de profissão; de ação; liberdade sindical; direito de greve; Direitos cujo objeto imediato é a segurança: dos direitos subjetivos em geral; em matéria penal (presunção de inocência); do domicílio; Direitos cujo objeto imediato é a propriedade: propriedade em geral; artística, literária e científica; hereditária.

Na verdade, a Constituição, que até há poucos anos gozava de extraordinária autoridade como a mais alta expressão de afirmação democrática e legislativa, perdeu muito de seu prestígio. Isto se deve, porém, a vários fatores anômalos. Entre estes se acha a mais intensa solicitação de participação do Estado na vida social, obrigando a uma ação mais eficaz, dinâmica e autoritária, rompendo-se, em grande parte, as barreiras anteriormente opostas pelos direitos individuais.³³

Os Direitos Fundamentais, então, estão inseridos dentro daquilo que o Constitucionalismo denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica.

Desse modo, Kildare Gonçalves Carvalho³⁴ afirma que os direitos fundamentais são, enquanto normas constitucionais, na medida em que encontram o

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu, Ob. cit., p. 202.

³⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 7. ed. Rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 75.

reconhecimento nas instituições, deles derivando conseqüências jurídicas, ou seja, o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrado é concebido como um complexo normativo hierárquico no conjunto do sistema jurídico em geral.

3.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu artigo 5º, parágrafo 1º. Inadmissível, por conseqüência, a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.

As normas definidoras de direitos investem o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da regra – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.

Esse princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entender de Canotilho, o sentido fundamental dessa aplicabilidade direta está em

reafirmar que "os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais."³⁵

A Constituição Federal de 1988, quando estabeleceu em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais que a República Federativa do Brasil faça parte, incluiu no rol dos direitos fundamentais o art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, que ninguém será detido por dívidas.

É salutar que a Constituição Federal de 1988, em seus dispositivos que tratam do assunto ora em tela, primou sempre pelos direitos e garantias do ser humano, e neste aspecto, a proibição da prisão civil por dívida, vem a ser um direito de defesa do cidadão contra qualquer ato do Estado.

Sendo assim, cabe ressaltar que não existe uma divisão nítida na Constituição entre Direitos e Garantias, mas se sabe que os Direitos são as disposições meramente declaratórias, e as Garantias são disposições assecuratórias, que são em defesa dos Direitos, limitam o poder.

Segundo Paulo Bonavides a garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão freqüentes entre alguns dicionaristas celebres.³⁶

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit. P. 282

³⁶ Ob. cit., p. 526.

Geralmente utiliza-se a expressão "garantias dos direitos fundamentais" para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.

A diferença entre direitos fundamentais e garantias constitucionais é, basicamente, doutrinária, pois no texto constitucional não se encontra qualquer distinção, exprimindo determinados direitos fundamentais através de normas de garantia.

Dessa maneira, a enumeração de direitos fundamentais, na constituição Federal, subentendidos em normas de garantia é realizada através de verbos que seriam mais apropriados para enunciar garantias constitucionais, todos eles referentes ao elemento assecuratório.³⁷

Cumprе ressaltar que, há alguns doutrinadores que sustentam o pouco alcance da distinção entre direitos fundamentais e garantias constitucionais, já que todos são dotados da natureza de direitos.

Dessa forma, resalta-se que José Afonso da Silva³⁸ sustenta que as garantias constitucionais consistem em um conjunto de meios que visam assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Acredita-se que a nacionalidade é, verdadeiramente, um vínculo que faz do indivíduo um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. Fazendo com que se possa definir como nacionais aquelas pessoas submetidas à autoridade direta de um Estado, com reconhecimento dos direitos civis e políticos, assim como, do dever de proteção de seus nacionais, além das suas fronteiras.

³⁷ MORAES, Guilherme Braga Pena de. Dos Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr, 1997, p. 150.

³⁸ Ob. cit., p. 152.

Como ensina Paulo Bonavides, foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, extraídas da Carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico de nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões diletas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado.³⁹

As garantias dos direitos fundamentais podem sofrer diversas classificações, dependendo dos preceitos teóricos utilizados pelo intérprete.

As garantias constitucionais marcaram consideravelmente o judiciarismo do Estado liberal e até hoje não perderam a serventia protetora tanto da Constituição como dos direitos fundamentais; [...] Aliás passaram por uma espécie de alargamento, visto que não ficaram tão-somente circunscritas à guarda dos direitos individuais na projeção clássica do liberalismo.⁴⁰

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, § 4º, inc. IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, criando expressamente um núcleo constitucional intangível pelo constituinte revisor. Assim, no atual sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais foram elencados à categoria de "cláusulas pétreas", cuja imunidade constitui um dos mais eficazes instrumentos de sua proteção.

Percebe-se, assim, como a relação entre cidadania social e democracia explicita-se também no fato de que ambas são processos. Os cidadãos numa democracia não são apenas titulares de direitos já estabelecidos - mas existe, em

³⁹ Ob. cit., p. 529.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 534.

aberto, a possibilidade de expansão, de criação de novos direitos, de novos espaços, de novos mecanismos.

O ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho concebe que as garantias constitucionais como prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público ou de particulares que violariam os direitos fundamentais reconhecidos, visando, através da prevenção, protegê-los.⁴¹

Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade, em face da necessidade de se proteger outros direitos também fundamentais, conforme relata o acórdão baixo:

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, X E XII, DA CF) – I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo em face de determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do *parquet* federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (TRF 2ª R – HC 95.02.22528-7 – RJ – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Valmir Peçanha – DJU 13.02.96).

A relatividade dos direitos fundamentais passa a ser possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é uma maneira de se corrigir o alcance de certos direitos fundamentais. Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a admissibilidade e utilização de prova ilícita, na hipótese de a mesma ter sido obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado⁴². O exercício dos direitos fundamentais deve ser conciliado com a necessidade de proteger-se o Estado Democrático de Direito.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 251.

⁴² FERNANDES, Antônio Scarance, Constituição da República, p.72

Segundo Guilherme B. P. de Moraes,

Embora não estejam diferenciados, no texto constitucional, direitos fundamentais e garantias constitucionais, estas são identificadas em diversas ocasiões, a saber: inviolabilidade da liberdade consciência, de crença e liberdade de culto (art. 5º, VI), garantias de segurança do domicílio (art. 5º, XI), garantias de segurança de comunicações pessoais (art. 5º, XII); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII), reconhecimento da instituição do júri (art. 5º, XXXVIII), garantia de legalidade criminal (art. 5º, XXXIX), garantia de irretroatividade penal (art. 5º, XL), penas vedadas (art. 5º, XLVII), princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), legitimidade da prisão e autoridade competente (art. 5º, LXI), especialidade de foro para os crimes militares (art. 124), casamento (art. 226), adoção (art. 227, §5º), entre outras.⁴³

A efetivação dos direitos fundamentais pressupõe formas de manifestação da pessoa humana, ao passo que as garantias constitucionais exigem determinados modos de estruturação estatal, e dentre estas, no capítulo seguinte se enfoca garantias de segurança de comunicações pessoais. (art. 5º, XII da CF/88).

⁴³ MORAES, Guilherme Braga Pena de. Ob. cit., p.155-156.

4 QUEBRA DE SIGILO E OS MEIOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que o inciso XII do art. 5º do referido diploma legal, vem suscitando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias quanto à interpretação do mesmo.

O dispositivo normativo em questão preconiza ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal.”

Ao se considerar a privacidade um dos direitos fundamentais, protegidos constitucionalmente no art. 5º, XII⁴⁴, estuda-se, então, qual o tipo de controle de constitucionalidade adequado para conciliar tal artigo, com o disposto no art. 2º, III, da Lei 9.296/96, que regula, atualmente, as atividades de interceptação, ou seja, esta lei trouxe a finalização do inciso acima citado.

⁴⁴ “Art. 5º. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

“Art. 5º. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

“Art. 5º. (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Cabe, dessa forma, esclarecer que o assunto em tela, ou seja, a quebra de sigilo, é uma das formas de invasão da privacidade que merece especial preocupação pelo legislador, pois como informa André Ramos Tavares⁴⁵, “o sigilo da correspondência relaciona-se também com a liberdade de expressão e de comunicação do pensamento, (inc. IV do art. 5º)”. Sendo assim toma-se a privacidade como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.”⁴⁶

De outra maneira, mesmo considerando a privacidade um dos direitos fundamentais, não quer se falar em liberdade pública que seja absoluta em seus termos. Assim, nesse sentido, admite-se que haja também a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que a proteção constitucional seja invocada para acobertar práticas de ilícitos.

Conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, essa restrição ao direito fundamental de liberdade de expressão ou manifestação do pensamento tem sido defendida pela doutrina e adotada em alguns sistemas jurídicos em face dos crimes de seqüestro e de narcotráfico, em especial, cuja investigação não pode desprezar a escuta telefônica, que significa muitas vezes o único instrumento probatório para solucionar tais delitos.⁴⁷

Historicamente, o reclamo por um segredo de correspondência é muito antigo, e pode ser enfocado que apareceu ao mesmo tempo em que se deu a criação de um serviço postal. Este novo meio de comunicação, embora gerador de grandes

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 442.

⁴⁶ MATOS PEREIRA. Direito de informação, p. 15, In: José Afonso da Silva Ob. cit., p. 202.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 293.

facilidades para os particulares, trouxe também a possibilidade de os reis tomarem conhecimento do conteúdo das cartas.

Esta prática, porém, embora em tempos atuais, tem uma reprovação moral e jurídica que atinge quase todo o mundo, sendo que o próprio direito brasileiro vem consagrando essa condenação desde sua primeira Constituição, pois se trata de um dos alicerces sobre os quais a liberdade humana se fundamenta.

Contudo, as tentações de fazer proliferar os casos excepcionais são muito relevantes, sobretudo, sob o fundamento da desvendação de crimes em cuja apuração não só as autoridades policiais como também os próprios particulares, na falta de outros elementos probatórios, tentam fazer valer provas obtidas por meio de violação da correspondência, sobretudo através de gravações de conversas telefônicas.

Dessa maneira, o texto constitucional vigente no Brasil procurou encontrar uma maneira de tolher de forma absoluta a utilização de meios que importem em que o interesse social sobreleve ao particular.

4.1 DAS INTERCEPTAÇÕES

Uma das formas de invasão da privacidade que merece especial preocupação do legislador é a que se manifesta pela violação das comunicações, principalmente as comunicações telefônicas.

Alexandre de Moraes conceitua a interceptação telefônica como “a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por

terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”.⁴⁸ Confirmando, Antonio Scarance Fernandes ensina que ela pode ser feita por “grampeamento” do telefone, quando ocorre então a “interceptação telefônica”, mas também “por um gravador, colocado por terceiro”, tendo-se aí a “interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental”.⁴⁹

Ocorre a gravação clandestina quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa, podendo esta ser telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste. Já a escuta telefônica ocorre quando um terceiro capta a comunicação telefônica alheia, com o conhecimento de um dos comunicadores.

Dessa forma, várias são as espécies de captação de conversa, tais como:

- a) interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores;
- b) a interceptação de conversa telefônica por terceiros, com o conhecimento de um dos interlocutores;
- c) a interpretação da conversa entre presentes por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores;
- d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores;
- e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro;
- f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.⁵⁰

⁴⁸ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 74

⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, São Paulo: RT, 1999, p. 87.

⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. cit., p. 88.

A possibilidade de interceptações telefônicas existe desde que obedecidas as seguintes condições, impostas pela própria Constituição Federal: 1) ordem judicial; 2) para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal; e 3) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.⁵¹ A Lei 9.296/96 é que regula a atividade de interceptação atualmente, ou seja, ela é que trouxe a finalização do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

LUIZ FLÁVIO GOMES⁵² distingue as *interceptações telefônicas* - regradas pela Lei nº 9.296/96 –

[...]das *gravações clandestinas*, carentes de regramento específico. Segundo o referido autor, as gravações clandestinas abrangem tanto a telefônica (quando se grava uma comunicação telefônica própria), quanto a ambiental (quando se grava uma conversação entre pessoas presentes, sem o conhecimento do interlocutor). A simples gravação não constitui crime, o qual materializa-se, porém, com a divulgação, nos termos do art. 153 do C.P., (considerando-se excludente a justa causa). Sendo o sigilo e a proteção à intimidade a regra, toda exceção deve ser veiculada através de lei, sob pena de nulidade das provas daí derivadas. O mencionado jurista entende cabível a utilização de tais gravações como prova em processo criminal apenas na hipótese *pro reo*, sendo imprestável para embasar juízo condenatório ou quebrar o princípio da presunção de inocência.

A comunicação de dados pode ser interceptada da mesma forma que as comunicações telefônicas, porque ambas possuem uma característica em comum: a instantaneidade, ou seja, consumadas as mesmas, nada sobra que possa ser retido como instrumento de prova de um ilícito penal, como ocorre com a correspondência e o telégrafo, hipóteses que permitem a apreensão de objetos tangíveis, quais sejam, a carta e o telegrama, suscetíveis de propiciarem uma investigação eficaz.⁵³

⁵¹ MORAES, Alexandre. Ob. cit., p. 75.

⁵² GOMES, Luís Flávio. Gravações telefônicas: ilicitude e inadmissibilidade. Revista CEJ nº 05, maio/agosto de 1998, Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal. Brasília: DF.

⁵³ PRADO, Geraldo. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n.55, p.13, jun. 1997.

Dessa forma, um delito pode ser planejado, executado, bem sucedido e até comemorado no ciberespaço, sem que qualquer informação fique inexorável e indelevelmente arquivada em qualquer lugar, podendo prejudicar a produção de provas contra os executores desse delito.

Diante disso, para evitar que criminosos ficassem à margem e a salvo da lei, protegidos por um eventual arcaísmo do Direito, é que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96 abrangeu a comunicação de dados como passível de interceptação legal.

4.2 A LEI 9.296/96

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever o sigilo das comunicações telefônicas. O texto remeteu a legislação à previsão das hipóteses e forma da quebra do sigilo (art. 5º, XII), o que provocou acirrada discussão acerca da aplicabilidade da norma constitucional.

Prescreve o art. 5º, inciso XII, da Lei Suprema que:

"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

A Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, foi promulgada para elidir algumas dúvidas. O "último caso" para o qual admiti-se interceptação da comunicação nos termos constitucionais, corresponde a dados e

comunicações telefônicas, conforme o parágrafo único do art. 1º da referida lei.

Regulamentando essa garantia constitucional, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, elencou, em seu art. 3º, como *partes legítimas para requerer a interceptação telefônica*, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, *apenas o Juiz (de ofício), a autoridade policial (na investigação criminal) e o representante do Ministério Público (na investigação criminal e na instrução processual penal)*. Além disso, indicou, em seu art. 4º, como requisito indispensável para instrução do pedido de quebra do sigilo telefônico *a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal*. E, ainda, deixou implícito, no seu art. 2º, *só ser possível a interceptação quando o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão*.

Dessa forma, a lei não só ratificou o princípio da intangibilidade do direito à ⁵⁴intimidade como regra constitucional, como estabeleceu de forma clara os estreitos limites da interceptação das comunicações telefônicas. O legislador criou a referida lei com o propósito de dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes e adequados no combate ao crime organizado.

Esta lei exige que a autorização seja feita pelo juiz competente para o conhecimento da ação principal, e sob segredo de justiça. Requer que haja *fumus boni iuris* da autoria ou da participação em infração penal. Isso implica dizer que a interceptação será impedida quando para a prova judicial for possível se valer de outros meios menos gravosos.

⁵⁴ Streck, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais – Constituição – Cidadania – Violência. 2 ed, rev. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 13.

Isto porque, como é de conhecimento, a Constituição Federal de 1988 erigiu o sigilo das comunicações à condição de garantia fundamental e cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV. Porém, preocupado com a devida proporcionalidade que deve existir em todos os ordenamentos, o próprio constituinte estabeleceu que, em determinadas circunstâncias a serem previstas pela lei, como o foi com a Lei nº 9.296/96, seria possível realizar uma invasão nesta esfera de intimidade.⁵⁵

Desta forma, a violação das comunicações pode ser utilizada em investigação criminal e em instrução processual penal (art. 1º), podendo ser empregada em qualquer espécie de comunicação telefônica, incluindo-se aí aquelas em sistema de informática e telemática (§ único, art. 1º).

4.3 A LEI 9.296/96 E A HERMENÊUTICA DO STF E STJ

Lembrando que se está tratando do inciso III, do art. 2º da Lei 9.296/96, e para que haja um posicionamento sobre um controle da constitucionalidade adequado, cabe analisar sobre quais parâmetros de interpretação desejáveis para uma aplicação dos diplomas legais mais eficientes.

Segundo ensina Lenio Luiz Streck,

[...] encontra-se uma tríplice crise, ou seja, a de paradigma do Direito, a da dogmática jurídica e do discurso criminológico. Tem-se em primeiro lugar que o discurso dogmático apresenta-se transparente porque as seqüências discursivas remetem diretamente à "realidade", ocultando as condições de produção do sentido do discurso. Dessa forma, o discurso dogmático se transforma em imagem, ou numa tentativa de externar a realidade social de maneira

⁵⁵ Comentários à Lei nº 9296/96. Professor Alexandre de Moraes, realizados durante as aulas proferidas no curso Prof. Damásio de Jesus.

imediatamente, porém na verdade, transforma-se em um “texto sem sujeito”.⁵⁶

Cabe ressaltar, que o significado da lei não é autônomo, mas sim heterônomo, vem de fora e é atribuído pelo intérprete. Assim, as leis são postas pelo legislador, pelos juizes, pelos usos e costumes, ou seja, sempre por terceiros, podendo coincidir ou não os mandamentos ou convicções dos indivíduos em particular.⁵⁷

Sendo assim, a eficácia do Direito depende, de um lado, do técnico que formula as leis, e, de outro lado, da qualidade da interpretação realizada pelo aplicador das normas. Da simplicidade, da clareza e concisão do Direito escrito, vai depender a boa interpretação, ou seja, aquela que oferece uma diretriz segura, que orienta quanto às normas a serem vividas no complexo social, nos pretórios e onde mais o Direito é considerado.

Celso Ribeiro Bastos⁵⁸ explica que na seara constitucional alguns pontos merecem ser levantados. Em primeiro, que a interpretação é irrogar, dar sentido à norma, com vistas à sua aplicação ao caso concreto. Ela não pode ser desprendida da visão pragmática, que é oferecer uma solução, uma decisão, para um caso concreto, ou ao menos, a uma hipótese suscitada.

Baseando-se em tais opiniões, fica demonstrado que a Lei 9.296/96 deve ser aplicada levando em consideração, primeiramente, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e posteriormente não poderá relegar a segundo plano o alicerce do Direito Penal. Dessa forma, cabe concordar com Lenio Luiz Streck, quando afirma que a preocupação não é tanto com a lei, mas com o uso e a

⁵⁶ Ob. cit., p.35.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. Ob. cit., p. 39

interpretação que decorre da citada Lei, até porque, abstratamente, nada significa, sendo seu sentido atribuído dogmaticamente.⁵⁹

Ao se reportar ao inciso III, do art. 2º da Lei 9.296/96, acata-se tratar-se de um entendimento baseado na proporcionalidade, pois esta, por sua vez é aplicada em face do que preceitua o direito constitucional quanto à inviolabilidade das comunicações, pois não justificável a invasão de privacidade para combater pequenos delitos.

Nelson Nery Júnior⁶⁰ expõe duas críticas consideráveis à Lei 9.296/96: a primeira diz respeito a que o legislador tenha ido além do que lhe era permitido quando elegeu os crimes apenados com reclusão como autorizadores da escuta telefônica por ordem judicial; e uma segunda crítica, pelo fato de ter ficado aquém do que poderia ir, quando deixou de contemplar os crimes de ameaça e contra a honra, quando cometidos por meio telefônico, ou as contravenções penais mais fortemente recriminadas pela sociedade, como é o caso do jogo do bicho.

Lenio Luiz Streck defende que “se fosse possível, valendo-se do princípio da proporcionalidade, utilizar provas colhidas à revelia da nova Lei, a própria lei não teria mais validade, porque a avaliação da prova colhida ficaria ao alvedrio do juiz”.⁶¹ Nessa linha, somente se a Lei fosse alterada, para que outros delitos, que não elencados pela Lei 9.296/96 fossem também contemplados no rol dos passíveis de interceptações.

Antonio Magalhães Gomes Filho registra o problema da excessiva abrangência do inciso III, do art. 2º da Lei 9.296/96, ao afirmar que tal excesso viola o princípio da proporcionalidade, tanto que assevera:

⁵⁹ Ob. cit., p. 39.

⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição de prova ilícita In: STRECK, Lenio Luiz, Ob. Cit., p. 56

⁶¹ Ob. cit., p. 41.

[...]longe de atender a natureza excepcional da previsão contida na parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, a nova lei conferiu-lhe amplitude suficiente para propiciar o virtual aniquilamento do direito à intimidade assegurado pela cláusula constitucional. Com isso, torna-se cada vez mais evidente a distância entre o modelo garantista do processo penal esboçado pelo constituinte e a realidade legislativa.⁶²

É certo também, que quando a Constituição restringiu a utilização desse recurso técnico às hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual, ela não outorgou uma carta branca para que o legislador ordinário autorizasse o seu emprego na apuração de todos os crimes punidos com reclusão.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dependente o exercício da referida competência, da atuação do legislador ordinário.

Somente onze anos após a promulgação da Carta Constitucional, o legislador infraconstitucional regulamentou o instituto, com a edição da Lei nº 9.882, de 03.12.99.

Com tal regulamentação, o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro ganha mais um importante aliado para a garantia da supremacia de nossa Lei Fundamental.

Trata-se, em verdade, de uma verdadeira confirmação do papel desempenhado pelo STF no procedimento de controle da constitucionalidade, seja pela via de ação, seja pela via de exceção, tendo em vista a possibilidade da transferência para a Corte Suprema da solução para questões antes submetidas ao

⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96. In: IBCrim – Ed. Especial n. 45 – ago;96.

longo caminho estabelecido para a arguição incidental de inconstitucionalidade, desde que seja demonstrada a relevância de controvérsia constitucional em sede de controle difuso.

O Supremo Tribunal Federal, então, equiparou em seus julgados a interpretação conforme a Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução do texto. Porém, é importante destacar que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto vem ganhando autonomia como técnica de decisão, na esfera da jurisprudência do STF. Isso permite uma projeção de que, em breve, a Corte Constitucional estará a se distanciar da posição preliminarmente fixada, que igualava simplesmente a interpretação conforme a Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Gilmar Ferreira Mendes⁶³ destaca a diferença entre esses mecanismos de controle dispondo que na interpretação conforme a Constituição tem-se dogmaticamente a declaração de que uma lei é constitucional, com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial; já na declaração de nulidade parcial sem redução de texto ocorre a expressa exclusão por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo, sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Dessa forma, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma medida mais adequada tecnicamente para realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, além de ser também um mecanismo dotado de maior clareza e, principalmente, segurança jurídica, expressa na parte dispositiva da decisão. Vê-se, ainda, que a lei confere ao Supremo Tribunal Federal um controle de natureza subjetiva sobre a utilização do

⁶³ Ob. cit.

instituto, uma vez que não definiu quais os preceitos considerados fundamentais para efeito da arguição.

O Pleno do STF, julgando o Habeas Corpus⁶⁴ 96912 - RS, em 16.12.93, relator o Min. SEPULVEDA PERTENCE, definiu, por maioria que a interceptação telefônica necessitava regulação infra-constitucional ainda inexistente. Ilícita esta prova, contaminava as demais, oriundas *direta ou indiretamente* de informações através dela obtidas. O mesmo STF, no Habeas Corpus julgado em 12.06.96, relator o Min. MAURÍCIO CORREA, repisou que o dispositivo constitucional autorizador da violação do sigilo das comunicações telefônicas não era *self enforcing*, necessitando ser regulamentado via lei ordinária, sendo, até então, ilícitas as provas obtidas por esta via, mesmo através de autorização judicial.

O Habeas Corpus julgado em 12.06.96, fundamentou-se no seguinte:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a

⁶⁴ Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; (...) a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, de informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente." HCS 96912 - RS - Pleno do STF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 16.12.93 - DJU - 25.03.94 - Por maioria.

Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélia do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. HC 72588 - PB - Pleno do STF - Rel. Min. Maurício Correa - j. 12.06.96 - DJU 02.08.2000 - Por maioria, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Resultado: Deferido. Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida. Coator: STJ⁶⁵.

Já editada a Lei nº 9.296/96, o STJ, por maioria, no julgamento do Habeas Corpus 10243/RJ, em 19.12.2000, relator para o acórdão o Min. FÉLIX FISCHER, definiu que a interceptação de comunicação telefônica somente pode ser autorizada pelo juiz competente para apreciar a ação principal, sendo nula a autorização dada por juiz incompetente. Idêntica solução é a adotada no STF, que fixou também que o decreto de nulidade não atinge as demais provas derivadas do inquérito policial, que não revestem-se de caráter decisório e são autônomas.

Jurisprudência⁶⁶:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. Conexão. Continência. Foro privilegiado. Ausente prerrogativa de função. I - Inexistindo prerrogativa de função é da competência do juiz de primeiro grau o processamento e julgamento do feito. II - O juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas. III - Considera-se nula a autorização judicial para interceptação telefônica concedida por juiz incompetente. Writ deferido, para que se declare a competência do Juízo de primeiro grau para processamento e julgamento

⁶⁵ ADIERS, Leandro Bittencourt. Notas sobre os sigilos telefônico, profissional e bancário e sua interpretação no STF e STJ. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2685>>. Acesso em: 20 set. 2005.

⁶⁶ Idem.

do feito e anular os atos até então praticados pelo Juízo incompetente. HC 10243/RJ - DJ 23.04.2001 - PG 00164 - Rel. Min. Edson Vidigal - Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer - j. 18.12.00 - 5ª Turma do STJ - Por maioria.

.RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade do processo criminal, *ab initio*, inclusive da denúncia, por incompetência da Justiça Federal. 3. Atos investigatórios mantidos, a serem apreciados pela Justiça Estadual. 4. Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, ut art. 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial. 5. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do habeas corpus e considerar nula a decisão do Juiz Federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual. RHC 80197 - GO - 2ª Turma do STF - Rel. Min. Néri da Silveira - j. 08.08.2000, DJU 29.09.2000 - Unânime.

Como o legislador constituinte inseriu entre os Direitos e Garantias Fundamentais da CF/88 tanto a proteção à intimidade e à vida privada quanto a possibilidade de limitada flexibilização destes direitos para fins de relevante *persecutio criminis*, vê-se que, editada a competente lei regulamentadora do procedimento, este será considerado lícito - se conforme a constituição e praticado dentro das regras estabelecidas -, uma vez que, conforme assentou o Pleno do STF, através de voto do Min. CELSO DE MELLO⁶⁷:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido

⁶⁷ MS 23452 - RJ - Pleno do STF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 16.09.99 - DJU 12.05.00 - Unânime.

em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

O STF já teve oportunidade de deliberar no sentido de que a cláusula constitucional da reserva de jurisdição⁶⁸ incide sobre a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI), devendo ser determinadas *ab initio* pelo Poder Judiciário.

Cabe ressaltar que o art. 1º da Lei 9.296/96 impõe que a escuta telefônica deve ser antecedida de autorização através do juiz competente antecedente, e não homologatória da diligência; somente pode ser efetuada para o exercício de investigação policial ou investigação criminal, ficando sob o regime de segredo de justiça.

4.4 DA QUEBRA DE SIGILO

Com relação ao segredo de justiça, também foi objeto de decisão pelo Pleno do STF, no mesmo acórdão⁶⁹, que o direito de acesso a dados reservados, como o sigilo bancário, fiscal e telefônico, torna a autoridade depositária destes dados, com o correlato dever de mantê-los em sigilo. A desobediência a este dever está sujeita às sanções previstas em lei. A divulgação reveste-se de excepcionalidade e condiciona-se a justa causa e a necessidade, como requisito essencial para que sejam tomadas as medidas judiciais cabíveis, no estrito interesse público e em

⁶⁸ RTJ 155-512, In: LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*

⁶⁹ MS 23452 - RJ - Pleno do STF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 16.09.99 - DJU 12.05.00 - Unânime

atenção aos fins que legitimaram a intervenção, tais como em relatório final de CPI, comunicações ao MP ou outros órgãos do Poder Público e, por extensão lógica, na denúncia e na sentença.

Para que seja deferida a interceptação telefônica, mostra-se essencial a demonstração de elementos dos quais deflua a suspeita de que determinado agente tenha concorrido na tentativa ou prática de ato delituoso. Segundo Élio Wanderley de Siqueira Filho⁷⁰ a lei contenta-se com indícios, desde que razoáveis, de autoria ou participação em infração penal, restringindo a utilização deste recurso aos crimes para os quais seja cominada pena privativa de liberdade. Reiterando a excepcionalidade da medida, mostra-se imprescindível que a providência - escuta telefônica - seja essencial para revelar a verdade material, sem que seja possível chegar ao mesmo resultado mediante outros expedientes.

Ora, se a Constituição Federal diz expressamente, em seu art. 5º, inciso XII, que a interceptação telefônica somente é admissível, por meio decreto judicial fundamentado, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não se pode, mediante interpretação extensiva, alargar o âmbito de incidência dessa norma, sobretudo por se tratar de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF/88), só modificável por ato do poder constituinte originário.

Deve ser enfatizado que há controvérsia na doutrina quanto à extensão do permissivo legal, havendo quem estenda sua abrangência, também, à interceptação de fluxos de informações através de sistemas de informática e telemática. Para outros, dando-se o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática por intermédio de transferência de dados, sua inviolabilidade permaneceria, em

⁷⁰ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Aspectos relevantes da escuta telefônica. Revista CEJ nº 05 - maio/agosto de 1998. Conselho da Justiça Federal: Brasília - DF, maio/agosto de 1998.

decorrência do inciso XII do art. 5º da CF/88 possuir quatro elementos jurídicos: a) correspondência; b) comunicações telegráficas; c) dados e d) comunicações telefônicas. Nos itens a, b e c, a vedação seria absoluta e, quanto ao item d, relativa, passível de flexibilização mediante requisitos dispostos em lei específica.⁷¹

Com relação ao sigilo bancário, deve-se acatar que o sistema financeiro nacional será regulado pela lei complementar.

Em comentário ao dispositivo referente ao sistema financeiro nacional, assim escreve José Afonso da Silva:

O Sistema Financeiro Nacional Serpa regulado em lei complementar. Fica valendo, como tal, pelo princípio de recepção, a Lei n. 4.595/64, que precisamente instituiu o sistema financeiro nacional.

Não é portanto, a Constituição que o está instituindo. Ela está constitucionalizando alguns princípios do sistema. Aquela lei vale, por conseguinte, como lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do art. 69. Não precisa a Constituição cuidar desse assunto num capítulo pomposamente denominado sistema financeiro nacional.

Mas é importante o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao sistema financeiro nacional, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de função social bem caracterizada.⁷²

No mesmo sentido, ensina Celso Ribeiro Bastos:

Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei 4.595/64, que passa a vigorar com força de lei complementar. O que acontece é que não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. [...] São duas as matérias que lhe cabem: estruturar o sistema financeiro com vistas aos objetivos descritos no artigo 38 e tratar de forma específica dos incisos constantes do artigo, assim

⁷¹ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Idem.

⁷² SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 692.

como dos seus parágrafos, sobretudo o terceiro que exige uma legislação integradora.⁷³

Recepcionada como lei complementar, não poderia a Lei nº 4.595/64 ser modificada por dispositivo de lei ordinária. Desse modo, não pode a autoridade tributária, ou qualquer outra, a seu arbítrio determinar a quebra do sigilo bancário que está garantido pela Constituição, sem expressa autorização do Poder Judiciário.

Para IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,⁷⁴ o sigilo bancário ampara-se nos incisos X e XII do art. 5º da CF/88, identificando-se com o sigilo de dados; afirma que, tendo a CF/88 flexibilizado apenas a violação de comunicações telefônicas, nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a violação daqueles dados. Todavia, interpretando-se possível a violação, deve dar-se apenas através de autorização judicial e, sendo garantia derivada de cláusula pétrea, não é possível modificá-la através de Lei Complementar, estendendo poderes ao Fisco e/ou ao Ministério Público para tal ato.

Jurisprudência:

RESP79026/DF - DJ: 03/05/1999 - pg: 00182 - Rel. Min. Vicente Leal - j. 03/06/1997 - 6ª Turma do STJ - unânime. Em outro aresto: "A criação de novas hipóteses de quebra de sigilo bancário, não previstas na Lei 4.595/64, ou a forma de acesso a informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária, de que é espécie a Lei 8.626, de 12.02.93, instituidora da Lei Orgânica do Ministério Público. Além disso, o art. 26, II, da referida Lei 8.265 contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo. O parágrafo 2º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade de membro do MP, não de autorização de quebra de sigilo. O acesso a informações bancárias, coberto pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo MP através do Poder Judiciário." Habeas Corpus 2.332-8 RJ - Rel. Min. Assis Toledo - 5ª Turma do STJ - j. 13.04.94 in Revista Jurídica nº 204, outubro/94, Porto Alegre: Síntese, p. 87.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 358.

⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. In *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* nº 11, janeiro/março de 2001, p. 31/33.

Para a autorização de quebra de sigilo, deve-se estar diante de relevante interesse público e fato configurador, ao menos em tese, de crime. Incabível seu deferimento pela via administrativa, sem intervenção judicial e sem indícios de autoria de delito.

Jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE PREFERÊNCIA. ADIAMENTO. Inclusão em pauta. Sigilo Bancário. Quebra. Possibilidade. Mandado de Segurança. Recurso. 1. O julgamento, em sessão imediatamente seguinte à prevista, de recurso adiado independe de nova inclusão em pauta. 2. A garantia ao sigilo bancário não tem caráter absoluto, podendo ele ser quebrado, por decisão judicial, quando presente relevante interesse público e fato configurador, ao menos em tese, de crime. 3. Recurso a que se nega provimento. ROMS 11008/PR - DJ: 21/02/2000 - PG:00147 - Rel. Min. Edson Vidigal - j. 14/12/1999 - 5ª Turma do STJ - Por unanimidade.

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. Interesse Público. Possibilidade em face de ordem de juiz competente. Art. 5º, X, XII e LV, da Carta Magna. Precedentes. 1. Pacífica a orientação deste Egrégio Tribunal Superior no sentido de que "o sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa". (REsp nº 114741/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 18/12/1998, pág. 00291) 2. Inexiste afronta ao art. 5º, X, XII, LV, da Carta Magna, a decisão judicial que, fincada em indícios de autoria do delito, determina a quebra do sigilo bancário requisitada pela autoridade policial competente. 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso improvido. ROMS 8757/GO - DJ: 01/07/1999 - PG:00118 - Rel. Min. José Delgado - j. 25/05/1999 - 1ª Turma do STJ - Unânime.

Dessa forma, considera-se que a quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das comissões parlamentares de inquérito – O *sigilo bancário*, o *sigilo fiscal* e o *sigilo telefônico* (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das

comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Constituição – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por ela investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera da intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV).

Atualmente, uma das grandes questões que tem movido a discussão na comunidade jurídica é a que diz respeito à inviolabilidade da informação contida nos correio eletrônicos. Muito se fala sobre a falta de legislação no que tange a Internet no Brasil.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que o inciso XII do art. 5º do referido diploma legal, vem suscitando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias quanto à interpretação do mesmo. O dispositivo normativo em questão preconiza ser *"inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por*

ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal."

A doutrina entende que a comunicação de dados pode ser interceptada da mesma forma que as comunicações telefônicas, porque ambas possuem uma característica em comum: a instantaneidade, ou seja, consumadas as mesmas, nada sobra que possa ser retido como instrumento de prova de um ilícito penal, como ocorre com a correspondência e o telégrafo, hipóteses que permitem a apreensão de objetos tangíveis, quais sejam, a carta e o telegrama, suscetíveis de propiciarem uma investigação eficaz. Assim, um delito pode ser planejado, executado, bem sucedido e até comemorado no ciberespaço, sem que qualquer informação fique inexorável e indelevelmente arquivada em qualquer lugar, podendo prejudicar a produção de provas contra os executores desse delito.⁷⁵

Diante disso, para evitar que criminosos ficassem à margem e a salvo da lei, protegidos por um eventual arcaísmo do Direito, é que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96 abrangeu a comunicação de dados como passível de interceptação legal.

⁷⁵ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Primeiras linhas em Direito Eletrônico . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3575>>. Acesso em: 20 set. 2005.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça que o Direito visa a atender exige procedimentos sempre novos.

Ao focar neste estudo os problemas oriundos com o sigilo, disposto como direito fundamental, por extensão da proteção à vida privada, o sigilo em todas as suas formas pode ceder diante do comprovado interesse público relevante, mediante ordem judicial, assegurados o devido processo legal e a garantia de preservação, com os meios de provas e dos recursos a ela inerente. Caso contrário, não fossem essas condições, a simples invocação do interesse público, nem sempre presente, poderia desencadear uma indevida interferência dos órgãos estatais nas esferas privadas e na intimidade do cidadão.

O sigilo pode ser quebrado mediante requisição do Poder Judiciário com o fim de apurar infração de ordem pública.

No Estado Democrático de Direito, o poder de intromissão dos entes públicos na privacidade do cidadão deve subordinar-se às limitações que lhe impõem as leis, cujo exame e correta aplicação estão constitucionalmente cometidos ao Judiciário, até mesmo para salvaguarda jurídica e respeito aos empecilhos da ordem jurídica.

Assim, sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre elas até chegar a uma

inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unicidade constitucional, a Carta Magna não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém.

Não se pode esquecer que a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou persecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que a lei está vinculada ao fim constitucionalmente fixado. E por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma.

Sendo assim conclui-se que a Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADIER, Leandro Bittencourt. Notas sobre os sigilos telefônico, profissional e bancário e sua interpretação no STF e STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2685>>. Acesso em: 20 set. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 22 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. ed. Rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, São Paulo: RT, 1999

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96**. In: IBCrim – Ed. Especial n. 45 – ago;96.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. In **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem** nº 11, janeiro/março de 2001, p. 31/33.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. **Dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 1997.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Primeiras linhas em Direito Eletrônico . **Jus Navigandi**, Teresina, , jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 20 set. 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos , Sistemas e Efeitos**. São Paulo: RT, 1999.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis: revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo:Saraiva, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Aspectos relevantes da escuta telefônica. **Revista CEJ** nº 05 - maio/agosto de 1998. Conselho da Justiça Federal: Brasília - DF, maio/agosto de 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais – Constituição – Cidadania – Violência**. 2 ed., ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXO

Presidência da República

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

- I - da autoridade policial, na investigação criminal;
- II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 25.7.1996